الشكلية في العقود الإلكترونية(*)

أ. الصالحين محمد العيش

عضو هيأة التدريس بكلية

القانون ـ جامعة قاريونس

تمهيـــد

شهد العالم منذ العقد الماضي ثورة تكنولوجية هائلة لا تقل في آثارها عن نتائج الثورة الصناعية ، وهذه الثورة التكنولوجية عمادها الاتصالات والمعلومات ، فالعالم الآن يشهد تطوراً متسارعاً في هذا المجال وبشكل لم يكن معهوداً من قبل .

وقد نتج عن هذا التقدم التكنولوجي الهائل اندماج رائع بين تكنولوجيا الحاسبات الآلية وتكنولوجيا الاتصالات أثمر مولوداً عملاقاً سُمي بشبكة المعلومات الدولية ((الإنترنت Internet)) وهذه الشبكة تستند على الحاسبات الآلية لتبادل البيانات إلكترونياً والتعامل معها لحظياً من أجل خدمة مختلف نواحي النشاط الإنساني ومنها التجارة .

ولقد كان من أهم مظاهر تطور شبكة الإنترنت ظهور التجارة الإلكترونية، لأنه مع التسهيلات الكبيرة التي قدمتها تلك الشبكة في مجال تبادل الرسائل والمعلومات ، تزايدت أعداد المتعاملين فيها ، سواء للإعلان عن المنتجات، أو التسويق ، أو التفاوض على إبرام العقود ، بالأساليب الحديثة بدلاً من المستندات الورقية والوسائل التقليدية.

وحيث إننا سنتناول بالبحث العقد الإلكتروني كوسيلة لإتمام عمليات التجارة الإلكترونية نحب أن نشير بداءةً إلى أن العقد الإلكتروني ليس استثناءً من

(*) ـ قُدِّم هذا البحث في ندوة المفاهيم الأساسية للمعاملات القانونية والاقتصادية عبر الإنترنت التي عقدت بمدينة شرم الشيخ في الفترة من 25 إلى 28 ديسمبر 2005 .

أحكام وقواعد النظرية العامة للعقد ، فهو يتم بالاتفاق والتراضي بين الطرفين وبالتالي هو لا يخرج في بنائه ومضمونه عن السياق التقليدي ، غاية الأمر أنه "يتميز بكونه عقد يبرم عن بعد ، بين غائبين ، وذلك باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آلياً وتلقائياً بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها "[1] .

وبسبب انتشار ظاهرة التعاقد الإلكتروني بدأت تثور عملياً بعض الإشكاليات التي أصبحت مثار اهتمام الفقهاء والمشرعين لإيجاد الحلول لها ، ولعل من أبرز ما يعتور العقد الإلكتروني ما يتطلبه القانون أحياناً من إفراغ التراضي في شكل محدد ، كأن يشترط القانون مثلاً أن يكون العقد مكتوباً.

والأسئلة المطروحة ...

- ما العقدُ الإلكتروني ؟ وما علاقته بالإنترنت والتجارة الإلكترونية ؟
- هل يعد العقد الإلكتروني بمعزل عن الشكلية التي يشترطها القانون في بعض التصرفات ؟
- ألا تتعارض الشكلية مع مبدأ التنظير الوظيفي l'equivalence fonctionnelle الذي هو قوام القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي أصدرته منظمة الأمم المتحدة متمثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال Uncitral) عام 1996 ؟
- ما أهمُ الحلول التي اقترحتها التشريعات المختلفة في هذا الصدد ؟

---

(1) - انظر : د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2003 ، ص71.

إجابة هذه التساؤلات هي حوصلة ما سنناقشه في هذا البحث وذلك حسب التقسيم الآتي :

- **المطلب الأول** : تحديد مفهوم العقد الإلكتروني .
- **المطلب الثاني** : الشكليـة في العقـد الإلكتروني .

المطلب الأول
تحديد مفهوم العقد الإلكتروني

لكي نتوصل إلى تعريفٍ للعقد الإلكتروني ، فإنه لابد أولاً من تعريف العقد بصفة عامة ، ثم بيان مفهوم الإنترنت والتجارة الإلكترونية باعتبارهما يمثلان البيئة التي أوجدت هذا النوع من التعاقد ، وذلك حسب التقسيم التالي :

أولاً ـ العقد وفق المفهوم التقليدي :

يعد العقد أول مصادر الالتزام وأهمها ، حيث يحظى بتنظيم تشريعي في مختلف بلدان العالم ، وقد وصف الأستاذ الفرنسي " فوييه Fouille " النظام التعاقدي بأنه يميل إلى تجسيد القانون المدني بأجمعه بقوله[1] :

(le droit contractuel tend a confondre avecle driot civil tout entier)

وتأكيداً على هذه الأهمية نجد التشريعات تولي العقد عناية خاصة وتفرد له مجموعة من الأحكام القانونية بما يتناسب وتلك الأهمية ، وقد حدد المشرع الليبي أحكام العقد في المواد (89 – 163) من القانون المدني ، إلا أنه رغم ذلك لم يورد تعريفاً له.

ونلاحظ أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تضمن تعريفاً للعقد في مادته (122) التي نصت على أن (العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها) ، وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية أن هذا التعريف قصد منه نفي التفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً ، إلا أن هذا التعريف حذف في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات التي تعتبر

---

(1) ـ مشار إلى ذلك لدى : د.عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 م ، ص35 .

من أعمال الفقه.

وفي هذا الصدد لا مندوحة من الإشارة إلى التفرقة التي ينادي بها بعض الفقهاء الفرنسيين(1) بين العقد le contrat والاتفاق la convention حيث يعتبرون الاتفاق أعم شمولاً من العقد استناداً إلى نص المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي ، ويخلص هذا الاتجاه إلى أن العقد هو نوع خاص من الاتفاق le contrat est une espéce particuliere de convention غير أن هذا الاتجاه لم يصادف قبولاً عند غالبية الفقه نظراً لكون هذه التفرقة ـ كما يقول البعض ـ لفظية لا يترتب عليها أي نتائج أو آثار قانونية(2) .

ولعل التعريف السائد عند معظم فقهاء القانون(3) هو أن : (العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذه الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه).

ثانياً ـ بيئة العقد الإلكتروني " الإنترنت والتجارة الإلكترونية":

الإنترنت كلمة إنجليزية الأصل تتكون من مقطعين inter وهي اختصار لكلمة international وnet وهي اختصار لكلمة network وبالتالي فإن

---

(1) ـ من الفقهاء الذين يقولون بذلك (أوبري ورو) ، راجع في عرض هذا الاتجاه الفقهي : د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983 م ، ص10.

(2) ـ انظر : د. سالم عبد الرحمن غميض ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة ملقاة على طلبة السنة الثانية بكلية القانون ، جامعة قاريونس ، سنة 1998 م ، ص25.

(3) ـ انظر على سبيل المثال : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، العقد ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1981 ، ص 173 . د.إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزامات ، بدون دار نشر ، القاهرة ، 1966، ص48 . د. أنور سلطان ، مرجع سبق ذكره ، ص 11 .

اصطلاح Internet يقصد به شبكة الاتصالات الدولية[1] .

وتعرف الإنترنت بأنها : " شبكة الاتصالات العالمية التي تربط الملايين من الحاسبات بعضها ببعض إما عن طريق خطوط الهاتف ، وإما عن طريق الأقمار الصناعية "[2] .

وقد بدأت الإنترنت في نهاية الستينات حيث عهدت وزارة الدفاع الأمريكية إلى وكالة مشروعات الأبحاث المتقدمة advanced research project agency بمهمة إنشاء شبكات حواسيب يتصل بعضها ببعض ، وكان هدف هذه الوكالة أساساً إجراء أبحاث في مجال الدفاع لضمان تفوق الولايات المتحدة الأمريكية في مجال أبحاث الدفاع خاصة بعدما أطلق الروس مركبتهم الفضائية (سبوتنيك) سنة 1957[3] .

ويعزى سبب ذيوع الإنترنت وانتشارها إلى قلة كلفة هذه الوسيلة إذا ما قورنت بوسائل الاتصال الأخرى ، واستغنائها عن الورق في الكتابة ، فضلاً عن دمجها لخصائص الوسائط المتعددة من تلفاز وحاسوب وهاتف معاً (صوت وصورة ونص) وتوفيرها لإمكانيات مذهلة في التواصل بين البشر أينما كانوا متجاوزة بذلك حدود الزمان والمكان.

وقد بدأ استخدام الإنترنت في الأغراض التجارية عام 1992 ، عندما

---

(1) - انظر : د. بشار طلال مومني ، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2003 ، ص11.

(2) - انظر : أ. رامي محمد علوان ، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني ، بحث منشور بمجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنة السادسة والعشرون ، ديسمبر 2002 ، ص 223.

(3) - انظر : أ. محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2004 ، ص25.

ظهرت (www)[1] كمروج للسلع والخدمات ، ومن هنا بدأ إقبال رجال الأعمال وأصحاب المؤسسات والشركات التجارية على تلك المواقع وأصبحوا يبرمون الصفقات عن طريق مراسلاتهم عبر البريد الإلكتروني ثم عن طريق عرض منتجاتهم وخدماتهم من خلال مواقع لهم على شبكة الإنترنت.

وقد مر استخدام الإنترنت في التجارة الإلكترونية بعدة خطوات ارتبطت بالتطورات التقنية التي طرأت على استخدام الشبكة ويمكن إجمالها في المراحل الآتية[2] :

المرحلة الأولى : استخدام المنشآت التجارية للشبكة في صورة مواقع إعلانية تعرف العملاء ومستخدمي الويب بنشاط المنشأة ومنتجاتها.

المرحلة الثانية : وهي أكثر تقدماً ، حيث قامت المنشآت التجارية بنشر المعلومات عن نشاطاتها التجارية كما امتلأت المواقع بالصور والرسومات الجذابة لمنتجات وخدمات المنتجين.

المرحلة الثالثة : نتيجة استخدام أحدث أنواع التقنية أصبح من السهل على العميل التعرف على مواقع الإنترنت من خلال عناصر التصفح البسيطة ، وبذلك تخطى رجال الأعمال مرحلة الإعلان والترويج إلى مرحلة إتمام عمليات البيع عن طريق الإنترنت.

وأصبح الأمر كالتالي : يقوم المشتري باختيار ما يرغب في شرائه ويخطر البائع الذي يقوم بدوره بإرسال السلعة إليه ويتم الدفع عن طريق أنظمة الدفع الإلكتروني ومن أهمها بطاقات الائتمان كما يتم التوقيع على العقد الإلكتروني عن

---

(1) - وهي اختصار لثلاث كلمات هي : world wide web .

(2) - في عرض هذه التطورات باستفاضة انظر : د.خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص15.

طريق شفرة معينة يستحيل تزويرها.

وقد ازداد في الآونة الأخيرة حجم التجارة الإلكترونية بشكل رهيب حتى أن هناك دراسة خلصت إلى أن نسبة المبيعات التي تمت من خلال التجارة الإلكترونية في عام 1996 (518) مليون دولار في الولايات المتحدة و (50) مليون فرنك في فرنسا.

وتشير الدراسة أيضاً إلى أن حجم التجارة الإلكترونية ارتفع عالمياً من (10) مليار دولار في العام 1997 إلى (300) مليار دولار في عام 1999 ، وتجاوز هذا الرقم (1200) مليار دولار في نهاية عام 2001 (1).

وتؤكد دراسة إحصائية أخرى بأن التجارة الإلكترونية حققت في عام 2000 فائضاً قدره 275 مليون دولار ، وهذا الفائض سيصل في عام 2003 إلى 100 مليار دولار لتعاملات الأفراد و 1000 مليار دولار لتعاملات الهيئات(2) .

مما سبق نستنتج أن العقد الإلكتروني نشأ وترعرع في حضن الإنترنت وبين أذرع التجارة الإلكترونية ، وإذا كان الأمر كذلك ألا يحق لنا التساؤل عن مدى صحة انعقاد العقد إلكترونياً ؟.

ثالثاً ـ ماهية العقد الإلكتروني ومدى جوازه :

1 ـ ماهية العقد الإلكتروني :

يتميز العقد الإلكتروني بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم ؛ لكونه يتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة المعلومات (الإنترنت) ، كما يتميز أيضاً

---

(1) ـ حول هذه الدراسة انظر : أ. نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة ، عمان ، 2005 ، ص17.

(2) ـ انظر : د.هدى حامد قشقوش ، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000 ، ص9.

بصفته الانفتاحية ؛ فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها ، ويتميز العقد الإلكتروني أخيراً بصفته الإلكترونية ؛ لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج إلكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم وبالتالي فهو عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد.

وقد عرف التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد Remote Contract العقد الإلكتروني بأنه : (عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد) .

وبهذا العرض الموجز لخصائص العقد الإلكتروني ومميزاته يسهل لنا بيان ماهيته من خلال الوقوف على تعريفات الفقه في هذا الصدد.

فقد عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه :" هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشترى والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً وتنشئ التزامات تعاقدية"(1)

ويعرف بعض الفقه اللاتيني العقد الإلكتروني بأنه : " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل "(2) .

وحيث إن العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يتميز بأنه يتم في الغالب على المستوى الدولي فقد ذهب البعض إلى تعريف عقد التجارة الإلكتروني الدولي

---

(1) - مشار إلى هذا التعريف لدى : د. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سبق ذكره ، ص 51.

(2) - انظر : د . أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص39 . وأيضاً : د. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 66.

بأنه : " العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة ومنها شبكة الإنترنت بهدف إتمام العقد"(1) .

ومن نافلة القول أنه يلاحظ على بعض التعريفات المذكورة آنفاً التطويل والإسهاب وعلى بعضها الآخر النقص والقصور من ناحية عدم بيان النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب والقبول ، وعليه فإننا يمكن أن نعرف العقد الإلكتروني تعريفاً موجزاً يتفادى الانتقادات الموجهة للتعريفات السابقة وذلك بقولنا أن العقد الإلكتروني هو " العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية بقصد إنشاء التزامات تعاقدية "(2) .

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن عملية التعاقد الإلكتروني تشتمل بخلاف الإيجاب والقبول على العديد من المعاملات الإلكترونية مثل العروض والإعلان عن السلع والخدمات وأوامر الدفع الإلكترونية وغير ذلك.

2 ـ مدى جواز التعاقد الإلكتروني :

تنص المادة (1/90) من القانون المدني الليبـي على أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود"(3).

---

(1) ـ انظر : د . أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني ، السياحي ، البيئي)، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص68.

(2) ـ على صعيد التشريعات العربية لا نجد تعريفاً للعقد الإلكتروني إلا في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 حيث يُعرِّفه في المادة 2 بأنه : (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية ، كلياً أو جزئياً).

(3) ـ يتطابق هذا النص حرفياً مع نص المادة (1/90) مدني مصري ، وبنفس المعنى مع خلاف يسير في الألفاظ (م 93 مدني أردني) (م93 مدني سوري) (م 79 مدني عراقي).

نستشف من هذا النص أن الأصل في التعبير أنه لا يخضع لشكل معين ، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الآخر ، فكما يصح التعبير عن الإرادة بالكتابة أو القول أو الإشارة، فإنه يصح باتخاذ موقف عملي معين يمكن أن يعبر عن إرادة التعاقد لدى الأطراف إذا كان هذا الموقف كافياً للدلالة عليها دلالة أكيدة.

ونظراً لكون العقد الإلكتروني يخضع في إبرامه وأحكامه لهذه القواعد العامة ، ولكنه ، ولكونه ينعقد إلكترونياً ، فهو يخضع لبعض الأحكام الخاصة به ، والتي تتمشى مع صفته الإلكترونية وكونه يبرم عن بعد ، وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الإلكتروني في الأحكام الخاصة بركن الرضا وما قد يتبعها من شكلية معينة يتعذر إنجازها إلكترونياً ، أما بالنسبة لركني السبب والمحل فتنعدم فيهما خصوصيات هذا العقد الإلكتروني إلى حد كبير(1) .

والسؤال الذي يثور الآن ... هل يتحقق التراضي إلكترونياً ؟ وهل يقترن الإيجاب بالقبول بواسطة الأجهزة والوسائط الإلكترونية ؟

لقد دفعت ثورة المعلومات والاتصالات وانتشار استخدام شبكات الاتصال في إبرام الصفقات والعقود العديد من مشرعي الدول والمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار هذا الواقع ومن ثم إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر وسائل إلكترونية وهو ما يعني أن التقاء الإرادات إلكترونياً يكفي لإبرام العقد متى استوفى شروط صحته.

فقد أقر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات إلكترونياً في الأعمال التجارية حيث نصت المادة (11) منه على أنه :

---

(1) - انظر : د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مرجع سبق ذكره ، ص75.

"في سياق إنشاء العقود ، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض ، وعند استخدام رسالة البيانات في إنشاء العقد ، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

كما أجاز قانون التجارة الأمريكي الموحد UCC في مادته (204 / 1) انعقاد عقد بيع البضائع بأي طريقة أو وسيلة ما دامت تظهر تراضي طرفيه بما في ذلك سلوكهما الذي يدل على إقرارهما وجود العقد.

وتقر اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع في مادتها العاشرة جواز التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري[1] .

وعلى صعيد التشريعات العربية نجد المادة (14) من قانون إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 تجيز التعاقد بوسائط إلكترونية حيث نصت فقرتها الأولى على أنه : " يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة[2] متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات ويتم التعاقد صحيحاً ونافذاً ومنتجاً آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة " .

وتأكيداً لمبدأ جواز التعاقد الإلكتروني وصحته نصت المادة (1/7) من القانون نفسه على أنه : " لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها

---

(1) - انظر : د.محمد شكري سرور ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 87.

(2) - يعرف قانون إمارة دبي في المادة الأولى الوسيط الإلكتروني المؤتمت بأنه : "برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي ممكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كلياً أو جزئياً ، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له."

للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني".

كما أجاز المشرع الأردني إبرام العقود إلكترونياً بواسطة الرسائل الإلكترونية ببيانه في المادة (13) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 أنه : " تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

مما سبق نستنتج أن القواعد الخاصة التي نصت عليها القوانين المختلفة المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أجازت التعبير عن الإرادة إلكترونياً متى تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها .

وإذا كان هذا موقف التشريعات المختلفة فكيف ينظر الفقه إلى هذه المسألة ؟

تجدر الإشارة في البداية إلى أنه رغم الاتفاق الذي ساد التشريعات المختلفة إلا أننا نلاحظ اختلافاً في وجهات النظر لدى الفقهاء فقد تعددت المحاولات الفقهية[1] التي ترمي إلى تسويغ التعاقد الإلكتروني وما يترتب على ذلك من صحة إبرام العقد .

حيث يذهب اتجاه أول إلى منح الشخصية القانونية إلى الجهاز الإلكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد ، ومنطق هذا الرأي هو أن الشخصية القانونية ما هي إلا صفة يضفيها القانون على شخص ما ، وهذا لا يعني بالضرورة أن يكون شخصاً آدمياً ، بل أجاز القانون إضفاء الشخصية القانونية على غير ما هو كائن حي وهو ما يعرف بالشخص الاعتباري.

---

(1) - راجع في عرض هذه الاتجاهات الفقهية : د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مرجع سبق ذكره ، ص77 وما بعدها . وأيضاً : د. صابر عبد العزيز سلامة ، العقد الإلكتروني ، بدون ناشر ، بدون مكان نشر، 2005 ، ص 51 وما بعدها.

غير أن هذا القول غير مستساغ من الناحية القانونية ، فالذمة المالية مرتبطة بالشخصية القانونية والجهاز الإلكتروني ليس له ذمة مالية ، ومن ثم فلن تكون له شخصية قانونية ، وتنعدم أهليته القانونية ، ناهيك عن كون الاعتراف الذي يضفي على الشخص الاعتباري الشخصية القانونية مقصوراً على مجموعات الأشخاص والأموال ولا يمتد إلى الأجهزة والآلات.

وذهب اتجاه ثانٍ إلى تشبيه الجهاز الإلكتروني بالهاتف والفاكس فهو مجرد أداة أو وسيلة اتصال تربط بين المتعاقدين ، وبالتالي الجهاز لا يبرم عقداً لحساب شخص ما وإنما الشخص هو الذي يبرم العقد باستخدام الحاسب الآلي الذي يقتصر دوره على نقل الإرادة من متعاقد إلى آخر.

ولم يسلم هذا الرأي بدوره من النقد أيضاً على أساس أنه يحمّل المتعاقد الأخطاء في البرمجة وتشغيل البرامج الإلكترونية التي تقوم بعملية التعاقد ، فما يصدر من الجهاز يعد كأنه صدر من المتعامل نفسه مباشرة.

أما الاتجاه الثالث فيأخذ بنظرية النيابة Representationفي التعاقد ، حيث يعتبر الجهاز الإلكتروني نائباً عن المتعاقد يتعامل باسمه ولحسابه.

وفي الرد على هذا الاتجاه نجد منتقديه يتساءلون ... كيف يمكن للجهاز عديم الإرادة أن يبرم عقد الوكالة بينه وبين المتعاقد مصدر النيابة المزعومة ؟.

وفي سبيل البحث عن رأي يفض هذا الخلاف القائم نرى أن الجهاز الإلكتروني لا يخرج عن كونه أداة أو وسيلة في يد المتعاقد ، يستعملها كما يستعمل الأوراق والأقلام في التعبير عن إرادته ، فالجهاز مجرد وسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقد وإعلانها للمتعاقد الآخر ، فإذا استخدم المتعاقد جهازاً إلكترونياً فإن

الإرادة التعاقدية سواء كانت إيجاباً أم قبولاً لا تنسب إلى الجهاز وإنما تنسب إلى المتعاقد الذي سخره للتعبير عن إرادته.

وعلى الرغم من هذا الاختلاف الفقهي إلا أن الجميع مجمعون على تسويغ التعاقد الإلكتروني وإن اختلفت الأسانيد ، كما أن التعاقد باستخدام الوسائط الإلكترونية أصبح واقعاً وأمراً مسلماً به وذلك ما تجلى في تنظيمه تشريعياً في بعض بلدان العالم سيما الدول المتقدمة.

المطلب الثاني
الشكلية في العقد الإلكتروني

لما كان الحديث يدور حول مسألة الشكلية ، رأينا أن نستهل هذا المطلب بعرض موجز لمفهوم الشكلية في القانون ، ثم بعد ذلك نبرز الإشكالية القائمة في العقود الإلكترونية عندما يشترط القانون لإبرامها شكلاً معيناً ، وأخيراً نستعرض أهم الحلول المقترحة لهذه المسألة ، وذلك حسب التقسيم الآتي :

أولاً ـ المفهوم القانوني للشكلية :

الأصل في العقود هو الرضائية ، بمعنى أن العقد يبرم بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتيهما دون حاجة إلى إجراء آخر ، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على العقد الإلكتروني.

واستثناءً من ذلك قد يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكل محدد وهو ما اصطلح على تسميته بالعقود الشكلية les contrats solennels .

والعقود الشكلية هي : " مجموعة العقود التي لا يكفي لإبرامها مجرد التراضي وإنما يشترط فيها القانون مراعاة شكل خاص بدونه لا يوجد العقد قانوناً ولا يرتب أثراً ولا يمكن الاحتجاج به"(1).

والشكل الذي تشترطه القوانين المعاصرة غالباً ما يكون الكتابة في ورقة رسمية يقوم بتحريرها شخص مكلف قانوناً ، وهو الموثق الرسمي أو محرر العقود ، ومثال العقود الرسمية "الشكلية " هبة العقار التي نصت عليها المادة (1/477) مدني ليبي بقولها : " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت

---

(1) ـ انظر : د. سالم عبد الرحمن غميض ، مرجع سبق ذكره ، ص30.

ستار عقد آخر " ، وأيضاً عقد الرهن الرسمي الذي تضمنته المادة (1/1034) مدني ليبي بنصها على أنه : " لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية وفقاً لأحكام النظام العقاري".

وقد تكون الشكلية في صورة الكتابة العرفية أي بدون تدخل محرر العقود، مثالها ما نصت عليه المادة (855) مدني ليبي من الاتفاق كتابة على إنشاء ملكية الأسرة بين أشخاص إذا كانوا أعضاء أسرة واحدة تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة دون أن تشترط الرسمية في الكتابة.

والكتابة باعتبارها ركناً لا يتم التعاقد إلا به تستدعي تمييزها عن الكتابة اللازمة للإثبات ، ففي الحالة الأخيرة ينعقد العقد ويرتب آثاره كاملة في مواجهة أطرافه غير أنه إذا ثار نزاع بشأنه تكون الكتابة لازمة للإثبات(1) .

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن البعض يخلط بين الإجراءات التي يشترطها المشرع في بعض الأمور لأهميتها كتسجيل عقود بيع العقارات وفقاً لأحكام التسجيل العقاري ، وبين الشكلية ، حيث يعتبر تلك الإجراءات من قبيل الشكلية.

والذي نراه ـ منضمين في ذلك إلى بعض الفقه(2)ـ أن التسجيل ليس ركناً شكلياً في العقد ولا تتوقف صحة العقد على وجوده ، وإنما هو شرط لإمكان تنفيذ البائع لالتزامه ، فلا تنتقل الملكية للمشتري إلا بتسجيل العقد ، وهنا يظهر الفارق

---

(1) ـ انظر : د. محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، 1993، ص183.

(2) ـ انظر : د. محمد على البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول – مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، 1999 ، ص38 . وأيضا د. سالم غميض ، مرجع سبق ذكره ، ص32 . وفي عكس ذلك انظر :د. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سبق ذكره ، ص150 . وأ.رامي محمد علوان ، مرجع سبق ذكره ، ص266.

بين اعتبار الشكل ركناً في العقد أم لا ، فلو كان التسجيل ركناً لما وجد العقد ، ولكنه باعتباره ليس كذلك فإن العقد يكون صحيحاً ويجوز للمشتري إلزام البائع بالقيام بإجراءات التسجيل العقاري حتى تنتقل له ملكية العقار، فإن رفض البائع ذلك جاز للمشتري المطالبة قضاءً بالحكم له بصحة ونفاذ العقد ، فإذا ما حكم له بذلك سجل حكمه وحق له طلب تثبيت ملكيته استناداً إلى الحكم الذي يقوم مقام العقد بعد تسجيله .

ومما يؤيد وجهة النظر السالفة حكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 1965/6/26 حيث جاء في حيثياته أن " عقد البيع من العقود الرضائية التي تنشأ بإيجاب وقبول على مبيع وثمن محدد ، ويحتفظ بقيمته في الإثبات ولم يغير قانون التسجيل من طبيعته وكل ما في الأمر أن الملكية لا تنقل إلا بالتسجيل الذي يعتبر شرطاً لانتقالها دون أن يكون ركناً من أركان البيع ، وما الرسمية (التوثيق) إلا شرط من شروط التسجيل العقاري ودونها لا يجوز تسجيل عقد بيع وارد على عقار ، ولكن العقد يبقى منتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن عدم تسجيل عقد البيع يخالف النظام العام"[1].

وإذا كان هذا هو مفهوم الشكلية يحق لنا التساؤل حول إمكانية استيفاء الشكلية بنفس الطريقة عند إبرام العقد الإلكتروني ؟ بمعنى هل مناط الشكلية الكتابة على الورق أم أنها تستوعب الكتابة الإلكترونية ؟ وهل يقوم التوقيع الإلكتروني[2] مقام التوقيع العادي الذي يشترطه القانون في بعض الأحيان ؟

---

(1) - مدني رقم 12/29 ، قضاء المحكمة العليا المدني ،من يناير 1962 إلى يونيو 1968 ، الجزء الثالث ، ص148.

(2) - يعرّف القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسترال) 2001 التوقيع الإلكتروني بأنه " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً ، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات. "

ثانياً ـ أزمة الشكلية الإلكترونية :

بدأت بوادر هذه الأزمة في فرنسا عقب صدور القانون رقم 230 لسنة 2000 بشأن تطوير قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني ، حيث أدخل القانون المذكور تعديلاً على أحكام المادة (1316 / 1)[1] مدني فرنسي بمقتضاه تكون الكتابة الإلكترونية مقبولة بنفس الحجة المعطاة للكتابة على دعامات ورقية ، بشرط أن يكون بالإمكان تحديد الشخص الذي أصدرها ، وأن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن الرجوع إليها بشكل مستمر .

وتأكيداً على ذلك فقد نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة بشكل صريح على أن الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية.

" L'écrit sur support électronique à la même force probante que l'écrit sur support papier " .

وقد تمخض عن هذه الأزمة انقسام للرأي بين مؤيد ومعارض ، فقد ذهب البعض إلى أن الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد العقد أو التصرف سواء بالكتابة أو بالتوقيع لا يمكن أن يُستغنى عنها بالكتابة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني وأن التعديل لنص المادة (1/1316) مدني فرنسي يتحدث عن الكتابة كوسيلة إثبات و لم يقصد المساس بالشكلية[2].

وبالتالي من غير المتصور أن تعقد تصرفات إنشاء الوصية أو الوقف أو معاملات التصرف في الأموال ومعاملات الأحوال الشخصية على الخط ، وذلك

---

(1) ـ صياغة نص المادة 1316 / 1 المعدلة كما يلي :

"L'écrit sous forme électronique est admis en prevue au même titre que l'écrit sur support papier, sous reserve que puisse être dument identifiée la personne don't il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'integrité" .

(2) ـ انظر : د. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سبق ذكره ، ص151.

بسبب أهمية هذه التصرفات وخطورتها[1].

بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الكتابة الإلكترونية لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة إثبات écrit probationem وإنما تشمل الكتابة كشرط لصحة التصرف écrit adval iditatem وذلك بالنظر إلى عمومية نص المادة (1/1316) مدني فرنسي ، فالنص واضح فيما تضمنه من تعريف للكتابة ولذلك يجب إعطاءه معنى كاملاً دون تخصيص[2].

ولعلنا ننضم إلى أصحاب الرأي الأول فيما يذهبون إليه ، فلا يستساغ عقلاً ولا منطقاً أن تبرم عقود في غاية الأهمية والخطورة عن بعد ، وأن يضرب باشتراطات القانون عرض الحائط ، ولعل عدم كفاية الوسائل التقنية في توفير الثقة والأمان في إبرام هذه العقود هو ما يرجح هذه الوجهة .

وقد واجه المشرع المصري هذه المسألة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 بأن قرر مبدأً عامّاً مفاده أن الكتابة المطلوبة باعتبارها ركناً في العقد تتحقق مع الكتابة الإلكترونية ، وذلك بنصه في المادة (15) على الآتي : "للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ويتضح من النص أنه أقر إمكانية استيفاء الشكلية التي يقررها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره عن طريق المحررات والمستندات الإلكترونية متى

---

(1) - انظر : أ. رامي محمد علوان ، مرجع سبق ذكره ، ص268.

(2) - انظر : د. محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ، ص105.

روعيت الشروط التي حددها المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون ، وقد قرر هذا المبدأ أيضاً كل من القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية (م7) ، وقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية (م9) .

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية حظر على الدول الأعضاء وضع أي عراقيل أو عقبات أمام الاعتراف بالعقود الإلكترونية وحثهم على العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الإلكترونية ، ولا شك أن عدم منح الكتابة الإلكترونية قوة ترتيب كافة الآثار القانونية يكون مخالفاً لمقتضيات الجماعة الأوروبية[1].

إذن نخلص من خلال هذا العرض أن أغلب التشريعات تتبنى مبدأ المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية والتوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي ولكن الإشكالية تثور عندما يستلزم القانون شكلاً معيناً لانعقاد التصرف.

هل يتم التضحية بالشكلية انسياقاً وراء المبدأ العام القائل بالمساواة ؟ أم أن المبدأ العام متعلق بالإثبات فحسب و لم يقصد منه المساس بالشكلية ؟

في هذا الصدد اقترحت بعض التشريعات حلولاً لهذه الإشكالية القائمة واستعراض هذه الحلول وتطبيقاتها هو قوام الفقرة التالية.

ثالثاً ـ الحلول المقترحة للشكلية الإلكترونية :

لتفادي إجراءات الشكلية والرسمية في العقود فإن هناك من القوانين الوطنية المختلفة من استبعدت تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة وفضلت إبرامها في الشكل التقليدي دون الإلكتروني ،

---

(1) ـ انظر :د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 ، ص128.

باعتبار أن هذه الأمور ليست متعلقة بالنشاط التجاري وليست لها علاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية ، وإنما هي مجرد تصرفات مدنية أو شخصية بحتة ، كالزواج والهبة والوصية ، أو لكونها تصرفات لها أهميتها وخطورتها ، مثال ذلك رهن السفينة وتسجيل العقار ، والحقوق العينية الواردة على العقار بصفة عامة ، وأحكام وقرارات المحاكم وأوراق ومستندات التقاضي(1) .

ومن التشريعات التي تبنت منهج الاستبعاد القانون الأمريكي حيث تنص المادة (3 /ب/1) من القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية على أن "هذا القانون لا ينطبق على معاملة من المعاملات بقدر ما يخضع تنظيمها لقانون يحكم إنشاء وتنفيذ الوصايا أو ملاحقها أو الائتمانات الإيصائية " ، كما نجد القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2000 حدد بعض الاستثناءات التي لا ينطبق عليها هذا القانون وتتمثل هذه الاستثناءات في إنشاء الوصية وتنفيذها وقوانين الميراث والتشريعات الخاصة بالتبني والطلاق والحالة الاجتماعية وأوراق المحاكم واتفاقات الائتمان والأوراق الخاصة بالتأمين الصحي وأوراق اليانصيب.

وتنص المادة (3) من قانون كندا الموحد للتجارة الإلكترونية على أنه :
"لا ينطبق هذا القانون فيما يتعلق بما يلي :

أ ـ الوصايا وملاحقها .

ب ـ الائتمانات المنشأة بوصايا أو بملاحق وصايا .

جـ ـ سلطات الوكيل بقدر ما تتعلق بالشؤون المالية أو الرعاية الشخصية بفرد ما.

د ـ المستندات المنشئة أو الناقلة لحقوق في أراضٍ".

أما التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2000 فقد قرر أنه لا ينطبق هذا التوجيه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار

---

(1) ـ انظر :د. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سبق ذكره ، ص 152.

والعقود التي تتطلب تدخلاً من المحاكم والسلطة العامة وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني.

وعربياً نطالع قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 حيث نص في مادته الخامسة على : "يسرى هذا القانون على السجلات والتواقيع الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي :

أ ـ المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

ب ـ سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

جـ ـ السندات القابلة للتداول.

د ـ المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن عشر سنوات وتسجيل أية حقوق متعلقة بها.

هـ ـ أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل".

ويذهب البعض[1] إلى أن نص المادة (1/27/ب) من قانون إمارة دبي يؤدى إلى إمكان إتمام بعض التصرفات القانونية التي تتوقف على الإجراءات التي أشار إليها النص من إذن أو ترخيص أو إقرار أو موافقة وذلك بطبيعة الحال ما لم يتمثل أي منها في إجراء رسمي[2].

كما نص القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 في

---

(1) - راجع في ذلك د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مرجع سبق ذكره ، ص126.

(2) - تنص المادة (27 /1/ ب) من قانون إمارة دبي على أنه " على الرغم من وجود أي نص مخالف في أي قانون آخر يجوز لأية دائرة أو جهة تابعة للحكومة ، في أداء المهمات المناطة بها بحكم القانون أن تقوم بما يلي : أ . ..... ب . إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات إلكترونية ".

المادة (6) منه على أنه : " لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي :

أ ـ العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها :

1 ـ إنشاء الوصية وتعديلها.

2 ـ إنشاء الوقف وتعديل شروطه.

3 ـ معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال .

4 ـ الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

5 ـ الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

6 ـ لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب ـ الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول ".

وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بمدينة جدة في الفترة من 17 إلى 23 /1410/8هـ الموافق 14 إلى 20 / 3 / 1990 صحة إجراء العقود التي تبرم عبر وسائط الاتصال الحديثة ، وانتهى إلى جوازها ، وأصدر بذلك القرار رقم[1] 5(6/3) [1] 2، إلا أن هذا القرار قد نص على أن هناك ثلاثة عقود مستثناة من التعاقد عبر الوسائل الحديثة ولا تنطبق عليها تلك القواعد ، ويجب إبرامها وفق الشكل التقليدي ، وهذه العقود

---

(1) ـ القرار منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السادسة ، تحت عنوان "حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة " ، ص . 785 وهو منشور أيضاً على موقع مجمع الفقه الإسلامي على شبكة المعلومات الدولية على العنوان التالي: http://www.fiqhacademy.org.sa/

هي:

1. عقد الصرف لاشتراط التقايض.

2. عقد الزواج لاشتراط الشهادة.

3. عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال(1) .

والجدير بالذكر أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري جاء خلواً من بيان للتصرفات التي لا تخضع لقواعد العقود الإلكترونية الأمر الذي أثار خلافاً حول تلك المسألة على الصعيدين الفقهي والقضائي في مصر.

وفى مقابل ما ذهبت إليه التشريعات المختلفة من استبعاد لبعض التصرفات من الشكلية الإلكترونية يلاحظ البعض أن الشكلية الإلكترونية أصبحت أمراً لا مفر منه ، وأنه يجوز إبرام كافة أنواع العقود إلكترونياً ولو كانت عقوداً شكلية ، سيما وقد ظهرت مهنة جديدة في مجال المعاملات الإلكترونية هي مهنة الموثق الإلكتروني(2) Notaire électronique .

والموثق الإلكتروني : " هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية ، ويطلق عليهم بالإنجليزية certification authority "(3).

والوظيفة الأساسية للموثق الإلكتروني أو لجهة التوثيق الإلكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل

---

(1) - لتفاصيل أكثر حول هذا القرار واستثناءاته انظر : د. عبد الله بن إبراهيم الناصر "العقود الإلكترونية ، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة "بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون والمقام بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من (10 - 12 مايو 2003).

(2) - انظر : د. عادل أبو هشيمة حوتة ، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص195.

(3) - انظر : د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مرجع سبق ذكره ، ص134.

ناهيك عن التحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال.

ويأخذ التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 بفكرة الموثق الإلكتروني ووضع مسمى له حيث أطلق عليه (مقدم خدمات التصديق) ، كما أسند قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي أعمال المصادقة الإلكترونية إلى (مراقب خدمات التصديق) الذي يتم تعيينه بقرار من رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام .

وبناء على ما سبق نستجلي أن هناك اتجاهاً يتخذ من فكرة التوثيق الإلكتروني حلاً لأزمة الشكلية الإلكترونية ، فجهة التوثيق تكون مسؤولة عن توثيق العقد الإلكتروني الأمر الذي يجعل الوضع يبدو تطبيقاً لمهنة الموثق العادي في فرنسا ومحرر العقود في ليبيا والشهر العقاري في مصر... الخ ، على اعتبار أن كلاً منهما يعد شاهداً محايداً ومستقلاً عن العقد المبرم بين الأطراف ، غاية الأمر أن الموثق الإلكتروني لا يعد مكلفاً بخدمة عامة في حين أن الموثق العادي هو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً لقوانين التوثيق[1].

ولعل الأمر يتطلب تعديلاً في القوانين واللوائح ذات الصلة بالتوثيق بحيث يتم إدراج مهنة الموثق الإلكتروني أو جهة التوثيق الإلكترونية ضمن هذا الإطار ، وذلك لاتسامها بالحيدة والنزاهة ، وتكون بذلك مؤتمنة على حفظ وتسجيل الوثائق والمحررات الإلكترونية .

---

(1) - راجع على سبيل المثال القانون رقم 2 لسنة 1993 بشأن محرري العقود ولائحته التنفيذية.

الخاتمــة

تناولنا في هذه الدراسة إحدى الإشكاليات التي تعترض التعاقد بواسطة الوسائط الإلكترونية ، هذه الإشكالية هي ما أصبح يعرف بـ"الشكلية الإلكترونية".

وقد حاولنا من خلال العرض السابق أن نجيب على السؤال القائم الذي مفاده :

هل يؤثر اشتراط الشكلية على بعض التصرفات والعقود التي تبرم بالطريق الإلكتروني ؟ سيما وأن مجال المعاملات الإلكترونية يستعيض عن الورق بالدعائم الإلكترونية ؟

وفى سبيل ذلك .. تكلمنا بدايةً عن نشأة العقد الإلكتروني ومدى ارتباطه بالإنترنت والتجارة الإلكترونية وخلصنا إلى أن العقد الإلكتروني هو وليد أثمرته علاقات التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ثم حددنا ماهية العقد الإلكتروني.

بعد ذلك تطرقنا إلى بحث مسألة جواز التعاقد الإلكتروني سيما وأن هذا الجواز هو ما ترتكز عليه هذه الدراسة فعندما نقول بالجواز فكأننا نبيح لأنفسنا الخوض في الإشكاليات التي تعتوره.

وأخيراً بحثنا إحدى هذه الإشكاليات التي تتمثل في (الشكلية الإلكترونية) فحددنا أولاً مفهوم الشكلية بشكل عام ، ثم قمنا بعقد مقارنة بين هذا المفهوم وبين مفهوم الشكلية في التعاقد الإلكتروني واتضح لنا أن هناك أزمة حقيقة تثور عندما يتطلب القانون شكلاً معيناً لا يتناسب وطبيعة المعاملات الإلكترونية ، ثم في فقرة مستقلة حاولنا أن نبرز أهم الحلول التي اقترحتها التشريعات والفقه لإيجاد حل لهذا الإشكال والتي تمثلت في تبني بعض التشريعات لمنهج استبعاد بعض التصرفات من نطاق الشكلية ، وتبني البعض الآخر أسلوب التوثيق الإلكتروني عوضاً عن الموثق العادي.

ونحن إذ ننتهي من ذلك ، نأمل أن نكون قد أوحينا إلى القارئ الكريم شعوراً بأهمية هذه المسألة التي أصبحت مثار جدل كبير بين رجال القانون على كافة الأصعدة .

وأخيراً لا بد أن نعترف بعدم خلو الأمر من المثالب فكل عمل إنساني هو دائماً عرضة للنقاش والتغيير ، الأمر الذي نتمنى لو تحقق من خلال إبداء ما يعن للقراء الأعزاء من ملاحظات وتوجيهات التي بالتأكيد ستساهم في إثراء هذا العمل المتواضع .

والله ولي التوفيق .

قائمة بأهم المراجع

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2003.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني ، السياحي ، البيئي) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.
- د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزامات ، بدون دار نشر ، القاهرة ، 1966 .
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
- د. أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983.
- د. بشار طلال مومنى ، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2003.
- د. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.
- أ. رامي علوان ، بحث بعنوان " التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني " ، مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، السنة السادسة والعشرون ، ديسمبر 2002.
- د. سالم عبد الرحمن غميض ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة ملقاة على طلبة السنة الثانية بكلية القانون، جامعة قاريونس ، سنة 1998 م.
- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006.

- د. صابر عبد العزيز سلامة ، العقد الإلكتروني ، بدون ناشر ، بدون مكان نشر ، 2005.
- د. عادل أبو هشيمة حوتة ، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.
- د. عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997.
- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، العقد ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1981.
- د. عبد الله بن إبراهيم الناصر " العقود الإلكترونية ، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة " بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون والمقام بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 10 ـ 12 مايو 2003.
- د. محمد شكري سرور ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988.
- د. محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، 1993.
- د . محمد على البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ـ مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، طرابلس، 1999.
- د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006.

- محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004.
- د. محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005.
- أ. نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة ، عمان ، 2005.
- هدى حامد قشقوش ، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.